Die Haftung der Gemeinden für Angestellte an öffentlichen Anstalten.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

vorgelegt von

Karl-Heinz Neisser
Gerichtsreferendar

BRESLAU 1930
HOCHSCHUL-VERLAG BRESLAU
Druck von Karl Vater :: Breslau 5 :: Siebenhufenerstraße Nr. 11/15

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gedruckt
mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Helfritz.

Inhaltsverzeichnis.

§ 1. Der Begriff der öffentlichen Gemeindeanstalt . . 7
§ 2. Der Begriff des kommunalen Angestellten . . . 11
§ 3. Der Begriff der Anstaltsnutzung 14
§ 4. Die Haftung der Kommunen für ihre Angestellten . 16
1. Das Fehlen öffentlichrechtlicher Normen . . 16
2. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht 16
3. Die Unmöglichkeit der Heranziehung bürgerlichrechtlicher Vorschriften im Wege der . . . 18
a) unmittelbaren Anwendung 18
b) Analogie 19
4. Ausfüllung der Lücke im Recht durch Ergänzung aus sich selbst 21
a) Die Unwilligkeit einer etwaigen verschiedenen Haftung in städtischen und privaten Anstalten bei völlig gleichartiger Leistung 21
b) Die ausschließliche Anwendung von öffentlichem Recht 22
c) Die Erkenntnis von der Allgemeingültigkeit des Grundsatzes der Erfüllungsgehilfenhaftung im privaten und öffentlichen Recht 25
§ 5. Die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs . . 30

Literaturverzeichnis.

von Cossel: „Gewerbliche Gemeindeunternehmungen“ und „Gemeindeveranstaltungen“ nach § 3 und § 4 des Kommunalabgabengesetzes, in PrKommArch. 4 S. 613.

Erasmy: Das Rechtsverhältnis einer städtischen Krankenanstalt zu ihren Benutzern in seiner Natur und Wirkung. Diss. Heidelberg 1916.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. Tübingen 1928.

Friedrichs: Wie weit sind die Vorschriften des BGB. auf Schuldverhältnisse des öffentlichen Rechts anwendbar? In ArchbürgR. 42 S. 28.

— Schadensersatzansprüche gegen Reichs-, Staats- und Kommunalbehörden nach Reichs- u. preußischem Recht. Berlin 1923.

— Der allgemeine Teil des Rechts, in Hirth's Annalen 1917 S. 385.

— Der Allgemeine Teil des Rechts. Berlin und Leipzig 27.

— Subjektive Rechte, in Annalen 1921/22 S. 209.

— Schadensersatzansprüche ..... in VerwA. 34 S. 356.

von Gehe: Zur Frage der Anwendung der sogen. Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, in Fischer's Zeitschrift für Praxis und Gesetzgeb. d. Verw. 34 S. 134.

Hartmann: Ueber die Zulässigkeit gegenseitiger Aufrechnung öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Forderungen, in VerwA 25 S. 389.

Hatschek: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts. 5/6. Aufl. Leipzig 1927.

Heine: Zur Haftpflicht der staatlichen und kommunalen Wohlfahrtsanstalten, in PrVerwBl. 37 S. 284.

Helfritz: Grundriß des preußischen Kommunalrechts. 2. Aufl. Berlin 1927.

Jebens: Polizeiliche Gemeindeanstalten, in PrVBl. 22 S. 329.
— Die Haftung der Gemeinden für ihre Vertreter usw. in PrVBl. 27 S. 1.

Georg Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl. Tübingen 1919.

Walter Jellinek: Verwaltungsrecht. 2. Aufl. Berlin 1929.

Josef: Die Anwendbarkeit des § 278 BGB auf öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten, b. Gruch. 58 S. 638.
— Die Haftpflicht von Körperschaften des öffentlichen Rechts für den Betrieb von Wohlfahrtsanstalten, in VerwA. 26 S. 83.

Jung: Ueber die Abgrenzung des Privatrechts vom öffent-Recht, in Zeitschr. f. Rechtsphilosophie 1919 S. 293.

Kiesel: Haftung der Gemeinden für Verschulden des ärztlichen und Pflegepersonals ihrer Krankenanstalten, in PrVerwBl. 34 S. 181.

Kiß: Gesetzesauslegung und „ungeschriebenes Recht", in Jher J. 58 S. 413.

Kormann: Grundzüge eines allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts, in Annalen 1911 S. 850.

Kraft: Die Haftpflicht der staatlichen und kommunalen Wohlfahrtsanstalten, in VerwA 22 S. 33.

Loening: Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Verwaltungsrecht, in DJZ. 1900 S. 9.

Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1924.

Meier-Branecke: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen im Verwaltungsrecht, in ArchöffR. 50 S. 230.

Oertel: Die Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853. 6. Aufl. Liegnitz 1914.

Popitz: Zur Frage der Anwendbarkeit von Vorschriften des BGB im öff. Recht, in PrVerwBl. 37 S. 415.

Rosenstock: Haftung der Gemeinden für Verschulden des ärztlichen und Pflegepersonals ihrer Anstalten, in Pr. VerwBl. 34 S. 264.

Schlegelberger: Das Gerichtsverfassungsgesetz 2. Aufl. Berlin 1925.

Schumann: Können privatrechtliche und öffentlichrechtliche Forderungen gegeneinander aufgerechnet werden? Diss. Heidelberg 1916.

Stein-Jonas: Die Zivilprozeßordnung, 14. Aufl. 1928.

Stier-Somlo: Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preußisch-deutsche Verwaltungsrecht Berlin 1900. — Der verwaltungsgerichtliche Schutz des Bürger- und Einwohnerrechts in Preußen, in VerwA 12 S. 354.

Stölzel: Rechtsweg und Kompetenzkonflikt in Preußen. Berlin 1901.

Sydow-Busch-Krantz: Gerichtsverfassungsgesetz. 10. Aufl. Berlin 1925.

Tezner: Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, in Arch. öffR. 9 S. 325.

Weisbart: Beamtenanstellung oder Dienstvertrag des bürgerlichen Rechts in Preußen, in VerwA 26 S. 387.

§ 1.

Vor Behandlung der Frage der Haftung der Kommunen für ihre Angestellten an öffentlichen Anstalten sei der Begriff der öffentlichen Anstalt und im besonderen der der Gemeindeanstalt erörtert. Man muß dabei unterscheiden zwischen den öffentlichen — im Sinne des § 4 öStO. und § 4 Abs. 1 KAbgG. — und den gewerblichen Gemeindeanstalten[1]). Welche von diesen beiden Kategorien im Einzelfall anzunehmen ist, wird verschieden beurteilt. Otto Mayer[2]) versteht unter einer öffentlichen Anstalt einen Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, die in der Hand des Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind. Das genügt jedoch auch nicht; denn eine feststehende Definition gibt es nicht[3]). Deshalb sind die einzelnen Punkte, die auf das Vorliegen einer öffentlichen oder gewerblichen Gemeindeanstalt hindeuten können, einer näheren Untersuchung zu unterziehen.

Als ein Unterscheidungsmerkmal bezeichnet man es oft, ob die Gemeinde eine Anstalt aufgrund einer gesetzlichen Verpflichtung oder aus freiem Willensentschluß errichtet hat. So sind z. B. die Kommunen nach § 35 des Epidemiengesetzes vom 30. Juni 1900 zur Errichtung einer Wasserversorgung verpflichtet, wenn es die Polizeibehörde verlangt. Daß eine solche Anstalt alsdann öffentlichen Charakter trägt, ist nicht zu bezweifeln. Wenn jedoch eine Gemeinde eine Anstalt aus eigenem Entschluß ins Leben gerufen hat, so ist daraus noch nicht zu folgern, daß die Anstalt privatrechtlicher Natur sein muß. Sie kann viel-

1) Vgl. Oertel S. 40; Hatschek S. 463.

2) II. S. 268 ff.

3) Jebens PrVBl. 22 S. 329; Stier-Somlo VerwA. 12 S. 505, derselbe in HdRW. II. 675.

mehr auch in diesem Falle, wie die herrschende Meinung annimmt[4]), als öffentliche Anstalt angesehen werden. Es ist gleichgültig, ob sie aufgrund öffentlichrechtlicher Verbindlichkeit der Gemeinde geschaffen und unterhalten wird, oder lediglich kraft freien Entschlusses der städtischen Organe[5]). Entscheidend ist also dieser Punkt nicht.

Wie steht es nun mit dem Erfordernis des Anschlußzwanges? Ist er wesentliches Merkmal der öffentlichen Anstalt? Die Frage ist zu verneinen. Der Anschlußzwang kann nur dann durchgesetzt werden, wenn er auf gesetzlicher Grundlage beruht[6]). Im allgemeinen tritt er bei den sogenannten „polizeilichen Gemeindeanstalten" in Erscheinung. Das sind solche, die zwar von den Kommunen errichtet und unterhalten werden, gleichzeitig aber auch polizeilichen Interessen dienen[7]). Während die Gemeinden öffentliche Anstalten auf allen Gebieten herstellen können, insbesondere auf dem weiten Gebiet der Wohlfahrtspflege, ist dieses der Polizei verschlossen. Daher ist der Ausschlußzwang nur bei Feuerlöschanstalten, Kanalisationsanlagen, Schlachthäusern, bei der Fäkalienabfuhr und ähnlichen angeordnet, also bei Unternehmungen, die polizeilichen Zwecken dienen. Wenn auch das Vorhandensein eines Anschlußzwanges deutlich auf eine öffentliche Anstalt hinweist, so ist doch aus seinem Fehlen nicht auf das Gegenteil, die gewerbliche Anstalt, zu schließen. Denn es gibt eine Reihe von Einrichtungen, wie z. B. die städtischen Unfallstellen oder Krankenhäuser, für die als reine Wohlfahrtseinrichtungen ein Anschlußzwang nicht angeordnet werden kann, die aber trotzdem öffentliche Anstalten sind[8]). Entscheidende Bedeutung ist also dem Anschlußzwang gleichfalls nicht beizumessen.

Von Interesse ist weiter die Gebührenfrage. Für die Benutzung der von den Gemeinden unterhaltenen öffentlichen Anstalten können Gebühren erhoben werden (vgl. § 4 Komm.Abg.Ges.), während in den gewerblichen Anstalten eine Gegenleistung durch privatrechtlichen Vertrag vereinbart ist. Aber die Erhebung von Gebühren ist ebenfalls

4) Oertel S. 40; Stier-Somlo VerwA. 12 S. 508, von Cossel PrKommA. 4 S. 617, OVG. 20 S. 22.

5) ebenso Erasmy S. 3, Fleiner S. 323.

6) Fleiner S. 335.

7) Jebens, Polizeiliche Gemeindeanstalten, in PrVerBl. 22 S. 329.

8) OVG. PrVerBl. 32 S. 266, 33 S. 869, 34 S. 78.

kein Zeichen für die Oeffentlichrechtlichkeit einer Anstalt[9]); denn es gibt auch privatrechtliche Gebühren[10]), und für Krankenhäuser ist z. B. die Gebührenerhebung in das Belieben der Gemeinden gestellt (§ 4 Abs. 4 K.Abg.Ges.). Außerdem aber gibt es öffentliche Anstalten, die ihre Leistungen unentgeltlich gewähren, sodaß der Gebührenfrage gar keine Bedeutung mehr zukommt. Das Vorhandensein oder Fehlen eines dieser Merkmale ist also für die Einreihung einer Gemeindeanstalt in die Zahl der öffentlichen oder der gewerblichen nicht ausschlaggebend.

Dagegen ist erhebliches Gewicht auf den Zweck zu legen, zu dem die Gemeinde eine Anstalt geschaffen hat. Ist die Inbetriebnahme hauptsächlich deshalb erfolgt, um der Stadt eine Einnahmequelle zu verschaffen, so liegt ein gewerbliches Unternehmen vor; hat man sich aber bei der Errichtung von der Erwägung leiten lassen, es liege im Aufgabenkreis der Stadt, allen Gemeindemitgliedern die Wohltat einer Anstalt ohne Rücksicht auf einen etwaigen Gewinn zugute kommen zu lassen, dann handelt es sich um ein öffentliches Institut[11]). Im Gegensatz zu der Ansicht des Reichsgerichts[12]), welches meint, es gebe sehr viele öffentliche Gemeindeanstalten, die einen Gewinn erzielen wollten, und viele gewerbliche Betriebe, die zugleich öffentlichen Interessen dienten, auf die Verschiedenheit des Zweckes könne es demnach nicht ankommen[13]), ist dieses Merkmal sehr beachtlich. In einer öffentlichen Anstalt werden hauptsächlich gemeinnützige Interessen verfolgt, die Gewinnerzielung spielt dort eine untergeordnete Rolle, wenn sie nicht gar, wie z. B. bei städtischen Krankenhäusern, völlig ausgeschlossen ist[14]). Selbst wenn aber eine öffentliche Anstalt einen Ueberschuß abwerfen sollte, so ist dies doch unerheblich, weil eben der gewerbliche Betrieb gänzlich fehlt. Da nun die Gemeinnützigkeit und Gewinnerzielung in einer Anstalt begrifflich nicht miteinander zu vereinen sind, so besteht infolge des Gegensatzes dieser beiden Zweckbestimmungen zu einander darin eben auch der Unterschied zwischen

9) ebenso Rosenstock PrVBl. 34 S. 264.

10) z. B. Leih- und Anerkennungsgebühren, vgl. Stier-Somlo in HdRW 2 S. 596.

11) ebenso Georg Jellinek S. 256.

12) RG. 99 S. 100.

13) ebenso Fleiner S. 327, Josef VerA. 26 S. 85.

14) Erasmy S. 6. OVG. 33 S. 91, 34 S. 64.

öffentlichen und gewerblichen Gemeindeanstalten. Beim Fehlen eines wirtschaftlichen Interesses ist daher immer eine öffentliche Gemeindeanstalt anzunehmen. Dieser Ansicht ist auch der überwiegende Teil der Rechtsprechung und Literatur[15]). Insbesondere meint auch Walter Jellinek[16]), daß der Wille des Herrn der Anstalt zu entscheiden habe, daß es darauf ankomme, in wessen Interesse die Schaffung der Anstalt erfolgt sei; und wenn die Einrichtung mehr oder minder dauernd im Interesse der Gemeinde erhalten werde, so liege stets eine öffentliche Gemeindeanstalt vor[17]). Zu den öffentlichen Gemeindeanstalten hat man u. a. Feuerlöschanstalten[18]), Kanalisationsanlagen[19]), die Fäkalienabfuhr[20]), Schlachthäuser[21]), Viehmärkte[22]), Gasanstalten[23]), Elektrizitätswerke[24]), Straßenbahnen[25]), Wasserwerke[26]), Badeetablissements[27]), Markthallen[28]), Krankenhäuser[29]),Irrenhäuser[30]), Museen[31]), Begräbnisplätze[32]), gerechnet, und es ist vorgekommen, daß einzelne Anstalten, wie z. B. die Straßenbahnen[33]) oder die Gasanstalten[34]) und Wasserwerke[35]) bisweilen auch als gewerbliche Gemeindeanstalten bezeichnet wurden, je nachdem eben der Hauptzweck die

15) OLG. Hamm in JW. 1930 S. 1978, Lindemann in HdKomm.-W. 2 S. 200, Art. 3 Ziff. 1 AusfAnwzKAbgG. Erasmy S. 6, Josef VerwA. 26 S. 88, OVG. PrVerwBl. 11 S. 49; andAns. Fleiner S. 323, Oertel S. 40.

16) S. 495, OVG. 68 S. 111.

17) vgl. auch Stier-Somlo VerwA. 12 S. 508.

18) Friedrichs VerwA. 34 S. 358.

19) OVG. 26 S. 51, OVG. PrVBl. 32 S. 39.

20) OVG. 32 S. 295.

21) Oertel S. 302, RG. 83 S. 74, RG. PrVerwBl. 31 S. 650.

22) JW. 1913 S. 1104; Recht 1913 Nr. 2267.

23) Kraft VerwA. 22 S. 33.

24) RG. Recht 1910 Nr. 1.

25) RG. Recht 1917 Nr. 186, PrVBl. 32 S. 251.

26) Immich, komm. Wasserleit. Anl. in PrVB. 28 S. 213.

27) OVG. 27 S. 434.

28) RG. Gruch. 54 S. 129, OVG. 22 S. 335.

29) Oertel S. 41.

30) OVG. 27 S. 434.

31) Otto Mayer 2 S. 278.

32) OVG. 21 S. 126.

33) Oertel S. 40, Kraft VerwA. 22 S. 33.

34) Oertel S. 298, PrVerwBl. 29 S. 911, OVG. 52 S. 28.

35) Oertel S. 335, OVG. 10 S. 61, 20 S. 23, OVG. PrVerwBl. 23 S. 690, RG. DJZ. 1920 S. 781.

Erzielung eines Gewinnes beim Betrieb des Unternehmens war oder die Gemeinnützigkeit. Daß auch heute die öffentlichen Gemeindeanstalten eine erhebliche Rolle spielen, ergibt § 43 des Entwurfs einer Reichsstädteordnung[36]), der eine exemplifikatorische Aufzählung von Gemeindebetrieben gibt.

§ 2.

Nunmehr ist der Begriff des Angestellten und insbesondere der des kommunalen Angestellten einer Betrachtung zu unterziehen. Die Gemeinden beschäftigen Beamte, Angestellte und Arbeiter. Auf die Stellung der kommunalen Dauerangestellten braucht hier nicht näher eingegangen zu werden[37]). Nach der Ausführungsanweisung zum Kommunalbeamtengesetz[38]) steht es den Kommunen frei, die zu technischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder mechanischen Dienstleistungen benötigten Kräfte im Wege eines privatrechtlichen Dienstvertrages als Angestellte anzunehmen. Das Verhältnis zwischen den Gemeinden und ihren Angestellten beruht also auf einem privatrechtlichen Vertrage. Schon im altdeutschen Recht leisteten die „Unfreien" ihre Arbeit aufgrund eines sogenannten „Treudienstvertrages", dessen älteste Form der Vertrag des Gefolgsmannes mit dem Gefolgsherrn war[39]). Daraus entwickelte sich einerseits das heutige Beamtenrecht, andererseits das heutige Arbeitsrecht, die beide als personenrechtliche Verhältnisse mit schuldrechtlichen Nebenwirkungen aufzufassen sind. Während aber der Beamte heute mit dem Staat keinen bürgerlichrechtlichen Vertrag mehr schließt, sondern durch zweiseitigen Verwaltungsakt[40]) in den Staatsdienst aufgenommen wird, ist das Verhältnis zwischen dem Angestellten und seinem Dienstherrn, auch wenn dieser eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, rein privatrechtlich. Beamten- und Angestelltenrecht entspringen zwar der gleichen Quelle, sind aber jetzt sowohl in der Form der Entstehung des Angestelltenverhältnisses, als auch in

36) Heft 11 der Schriftenreihe des Deutschen Städtetages 1930.

37) Vgl. dazu Wacke, d. Rechtsstellung d. komm. Dauerangestellten, Diss. Breslau 1929.

38) Art. I Ziff. 5 Abs. 2.

39) Vgl. dazu Potthoff, Ursprung u. Entwicklungsziel des Beamtenrechts in JW. 1922 S. 1702.

40) RG. JW. 1930 S. 1198 mit Anm. von Walter Jellinek, a. A. Helfritz a. a. O.

der Art der Tätigkeit der Angestellten ganz verschieden. Wesentlich ist die privatrechtliche Grundlage des dem Angestelltenverhältnis zugrunde liegenden Vertrages. Sie ist die Voraussetzung für die Definition des Begriffs des Angestellten[41]).

Ein zweites Merkmal liegt darin, daß die Tätigkeit des Angestellten nicht in der Ausübung hoheitlicher Funktionen bestehen darf. Das betrifft das Außenverhältnis, die Beziehungen des Angestellten zu Dritten. Dieser Punkt ist deshalb von besonderer Wichtigkeit, weil wiederholt Personen, die durch einen bürgerlichrechtlichen Vertrag angestellt waren, als Beamte bezeichnet wurden, und zwar lediglich aus dem Grunde, weil sie eine obrigkeitliche Tätigkeit ausübten. So hat das Reichsgericht[42]) z. B. die auf Privatdienstvertrag angestellten Mitglieder der preußischen Sicherheitswehr als Beamte bezeichnet, weil sie zur Wahrnehmung öffentlichrechtlicher, dem Staatszweck unmittelbar dienender Geschäfte berufen sind, insbesondere solcher Obliegenheiten, die sich als Ausübung von Staatshoheitsrechten darstellen. Und bei den Standesbeamten hat es das Reichsgericht[43]) für rechtlich unmöglich erklärt, sie als Nichtbeamte anzustellen, weil die Standesamtsgeschäfte ihrem inneren Wesen und ihrer grundlegenden, weittragenden Wirkung nach nur Ausflüsse und Aeußerungen eines öffentlichen Amtes sein können. Auch Walter Jellinek[44]) meint, daß Beamter jede Person sei, die hoheitliche Tätigkeit ausübe, selbst wenn sie als Privatangestellter angenommen sei. Und das preußische Oberverwaltungsgericht[45]) hält es rechtlich durchaus für zulässig, daß ein Angestellter nach außen hin die Stellung eines öffentlichen Beamten habe, während das innere Verhältnis als ein rein privatrechtliches Dienstverhältnis geordnet sei. Es kann in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben, ob die Beamteneigenschaft nach außen zur Folge haben muß, daß auch nach innen ein Beamtenverhältnis vorliegt[46]). Jedenfalls ergibt sich für den

41) RGJW. 1930 S. 1191, RG. 126 S. 147, 110 S. 298, vgl. auch Weisbart S. 387 ff., Helfritz S. 51.

42) RG. JW. 1922 S. 1026.

43) RG. PrVBl. 37 S. 414.

44) S. 22.

45) OVG. PrVBl. 42 S. 427.

46) Vgl. dazu Helfritz Grundzüge des Beamtenrechts 1929 S. 12, der diese Frage verneint.

Begriff des Angestellten als negatives Merkmal, daß er keine hoheitliche Tätigkeit ausüben darf. Zu dem gleichen Ergebnis kommt Wacke[47]), wenn er als Angestellte die gegen Entgelt für den städtischen Dienst angenommenen Personen bezeichnet, die

a) keine Beamteneigenschaft besitzen,
b) nicht im Arbeitsverhältnis stehen.

Diesem weiteren Erfordernis ist zuzustimmen. Der Angestellte nimmt gewissermaßen eine Mittelstellung zwischen Beamten und Arbeitern ein. Wenn auch diese drei Merkmale — Anstellung durch privatrechtlichen Vertrag, keine obrigkeitliche Tätigkeit und keine Beschäftigung im Arbeitsverhältnis — die wichtigsten Grundpfeiler des Begriffs des Angestellten sind, so ist damit eine feste Definition noch nicht gegeben. Der Angestelltenbegriff ist auch nicht feststehend[48]). In verschiedenen Gesetzen ist er verschieden. Zum ersten Male taucht der Begriff des Angestellten in § 9 der Verordnung zur Ergänzung des § 592 der Reichsversicherungsordnung vom 23. Dezember 1918 (RGBl. S. 1453) auf. Weiter gibt z. B. das Angestelltenversicherungsgesetz vom 28. Mai 1924 (Reichsgesetzblatt I S. 563) eine sehr umfangreiche kasuistische Aufzählung; dies kann jedoch als eine allgemeine juristische Bestimmung des Angestelltenbegriffs nicht ausgesprochen werden[49]). Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß in einer Reihe namentlich neuerer Gesetze auf diesen Katalog des Angestelltenversicherungsgesetzes Bezug genommen wird[50]). Abgesehen von den drei grundlegenden Merkmalen wird man daher im Einzelfalle den Begriff des Angestellten aus der Verkehrsanschauung entwickeln müssen, wie Wacke[51]) es tut, und im übrigen nicht den entscheidenden Wert auf die Vorbildung des Angestellten zu legen haben, sondern auf die Art seiner Tätigkeit[52]).

47) Diss. Breslau 1929 S. 6.
48) Helfritz S. 52 Anm. 87.
49) ebenso Wacke S. 29, auch Adler, Zum Begriff des Angestellten, in RArbBl. 1922 S. 169.
50) vgl. § 12 BetrRäteGes., Dersch, das neue Angestellten-Versicherungsgesetz, 3. Aufl., 1926 S. 138.
51) S. 29.
52) So auch Dersch S. 161, Adler RArbBl. 1922 S. 170.

§ 3.

Nachdem der Begriff der öffentlichen Gemeindeanstalt und des kommunalen Angestellten behandelt worden ist, kann zu der Haftung der Kommunen für ihre an öffentlichen Anstalten tätigen Angestellten Stellung genommen werden. Da in den öffentlichen Gemeindeanstalten Personen verschiedener Kategorien beschäftigt sind, so sind demgemäß auch die Gesetzesbestimmungen, nach denen eine Gemeinde haftet, verschieden. Wenn die Kommune mit den Besuchern ihrer öffentlichen Anstalten privatrechtliche Verträge abschließt, was trotz ihrer öffentlichrechtlichen Stellung keineswegs ausgeschlossen oder ungebräuchlich ist[54]), so haftet sie für ein Verschulden ihrer Angestellten nach § 278 BGB. und bei außervertraglichen Schäden nach den Vorschriften der §§ 831, 31, 89 BGB. Wenn andererseits eine Verletzung der einem Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht durch einen Beamten in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorliegt, so bestimmt sich die Haftung nach § 839 BGB. in Verbindung mit Art. 131 RV. Zweifel können aber auftauchen, wenn privatrechtliche Beziehungen zwischen den Beteiligten nicht bestehen, und eine Haftung nach § 839 BGB. in Verbindung mit Art. 131 RV. wegen der fehlenden Beamteneigenschaft des Angestellten nicht Platz greift. Schon Otto Mayer[55]) weist bei Behandlung der rechtlichen Beziehungen, die eine Stadt mit einem Dritten anknüpfen kann, darauf hin, daß zwischen den beiden Gruppen, der öffentlichrechtlichen – die Stadt zieht Steuern ein – und der privatrechtlichen – die Stadt kauft und verkauft Waren in derselben Weise wie eine Privatperson – sich ein großes Gebiet befindet, innerhalb dessen die Natur des einzelnen Rechtsgeschäfts zweifelhaft ist. Man hat daher im Anschluß an das Vorhandensein der öffentlichen Anstalt einen neuen Begriff entwickelt, den der Anstaltsnutzung, welcher die Grundlage für alle rechtlichen Beziehungen zwischen den Benutzern einer öffentlichen Anstalt und der öffentlichrechtlichen Körperschaft selbst zu bilden hat[56]).

Die Anstaltsnutzung ist keine vertragliche Beziehung. Eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung auf Seiten des

53) vgl. RG. 112 S. 291; 64 S. 231; 83 S. 71; 91 S. 134 u. 263.
54) I 1 S. 139.
55) Otto Mayer 2 S. 269, Fleiner S. 337.

Benutzers der Anstalt ist nicht erforderlich. Es genügt ein ganz formloser Vorgang, aus dem der Wunsch, die Nutzung gewährt zu erhalten, hervorgeht, da die Anstaltsleistung bereits durch den äußerlichen Tatbestand der Inanspruchnahme ordnungsgemäß in Bewegung gesetzt wird[56]). Die Anstaltsnutzung liegt daher auch dann vor, wenn, was in der heutigen Zeit unzählige Male vorkommt, wegen Fehlens der Geschäftsfähigkeit[57]) des Benutzers der Anstalt oder infolge behördlicher Einweisung[58]) oder aus sonstigen Gründen der Abschluß eines Vertrages ausgeschlossen ist, die öffentlichrechtliche Körperschaft ihre Leistungen in der Anstalt aber trotzdem gewährt. Die Eigenart des Begriffs der Anstaltsnutzung besteht also darin, daß die Anstaltsleistung nicht auf der Grundlage eines zwischen der öffentlichrechtlichen Körperschaft und dem Benutzer der Anstalt abgeschlossenen Vertrages gewährt wird, sondern lediglich kraft der dem öffentlichen Recht entspringenden Pflicht zur Leistung. Denn nach § 4 öStO. sind alle Einwohner eines Stadtbezirks zur Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten berechtigt, und es bleibt der Stadt überlassen, die näheren Bestimmungen nach § 11 öStO. im Wege statutarischer Anordnungen zu treffen. Sobald also eine Anstalt im Interesse der bürgerlichen Wohlfahrt ins Leben gerufen worden ist, hat jedes Gemeindemitglied ein subjektivöffentliches Recht auf Mitbenutzung[59]). Diesem Recht steht die korrespondierende Pflicht der Gemeinde gegenüber, die angebotene Leistung zu gewähren[60]). Da also die Leistungspflicht der Kommune auf dem öffentlichen Recht beruht, so ist auch die Anstaltsnutzung als ein öffentlichrechtliches Rechtsverhältnis zu bezeichnen[61]). Erleidet nun der Benutzer in der Anstalt einen Schaden, so ist es erklärlich, daß sein Schadensersatzanspruch sich auf dieses Rechtsverhältnis gründet, und daß aus diesem die Verpflichtung der Kommune zum Schadensersatz abgeleitet wird[62]).

56) Otto Mayer 2 S. 278.
57) Erasmy S. 10.
58) Vgl. RG. 91 S. 264 = JW. 1918 S. 260.
59) so die herrschende Meinung; vgl. Otto Mayer 2 S. 281, Fleiner S. 335; Oertel S. 42, OVG. 52 S. 28, 56 S. 252.
60) Oertel S. 41, Fleiner S. 337.
61) ebenso Erasmy S. 14.
62) RG. 112 S. 291, RGLZ 1917 S. 741.

§ 4.

1. Als Beispiel für die weitere Untersuchung diene folgender Fall:

„Jemand verunglückt auf der Straße und wird bewußtlos in eine städtische Unfallstelle eingeliefert. Der dort tätige Arzt, welcher von der Stadt vertraglich angestellt ist, behandelt und verbindet ihn, begeht aber einen Kunstfehler, sodaß dauernde Schmerzen zurückbleiben.

Bestehen Schadensersatzansprüche gegen die Stadt?"

Ein besonderes Gesetz, das die Ersatzpflicht bestimmte, ist nicht vorhanden. Insbesondere kommen die §§ 74, 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht nicht in Betracht, da sie nur Anwendung finden, wenn durch rechtmäßige Handlungen seitens des Staates Schäden entstehen[63]). Andererseits ist Art. 131 RV., der grundlegend die Haftung des Staates für Pflichtverletzungen seiner Beamten festlegt, auch nicht analog anwendbar, obgleich die Möglichkeit als solche besteht[64]); denn die Handlungen der Angestellten sind in keiner Weise mit denen der Beamten gleichzustellen, da es sich bei der Tätigkeit der Angestellten weder um Ausübung öffentlichrechtlicher noch ähnlicher Funktionen handelt. Auch allgemeine Vorschriften, wie sie z. B. im Bürgerlichen Gesetzbuch in den §§ 241 bis 432 gegeben sind, fehlen im öffentlichen Recht[65]). Mit Recht weist Kraft[66]) darauf hin, daß es ein systematisch ausgebildetes öffentliches Vertrags- und Deliktsrecht bisher nicht gibt[67]). Aus diesem Grunde muß man versuchen, die fehlenden Bestimmungen auf andere Weise zu erhalten, da es nicht angeht, daß in einem solchen Falle ein rechtloser Zustand, ein „vacuum"[68]), eintritt.

2. Die einzige Möglichkeit zur Lösung dieses Problems scheint ein Rückgriff auf das Privatrecht zu sein. Bevor jedoch Bestimmungen dieses Rechtsgebiets in irgend einer Weise zur Ergänzung des öffentlichen Rechts herangezogen werden, ist es notwendig, auf den Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht einzugehen. Beide Gebiete

63) Walter Jellinek S. 318.
64) Holstein ArchöffR. 52 S. 203.
65) Fleiner S. 54.
66) VerwA. 22 S. 41.
67) ebenso Walter Jellinek S. 314.
68) Kraft VerwA. 22 S. 41.

sind voneinander verschieden. Allerdings hat man die Trennung nicht immer mit der genügenden Schärfe vorgenommen. Denn obwohl, wie Triepel betont[69]), dem 17. Jahrhundert der Unterschied von ius publicum und ius privatum sicherlich nicht mehr fremd gewesen ist, so laufen doch dort privates und öffentliches Recht auf den meisten Gebieten und namentlich auf dem, das heute als Verwaltungsrecht bezeichnet wird, ohne deutliche Trennungslinien ineinander über. Deshalb wird auch heutzutage diese Unterscheidung vielfach bekämpft[70]). Aber es gibt einen solchen Unterschied[71]); denn die bestehenden Gesetze verwenden ihn so häufig, daß sich die „Zweiheit des Rechtssystems" nicht ableugnen läßt[72]). So setzt z. B. Art. 55 EGBGB. die „privatrechtlichen" Vorschriften der Landesgesetze und Art. 89 Pr.AG.BGB. zahlreiche Vorschriften des Allgemeinen Landrechts außer Kraft, „soweit sie sich nicht auf öffentliches Recht beziehen"[73]). Oder wenn Art. 7 Ziff. 1 RV. dem Reiche die Gesetzgebung über das „bürgerliche Recht" zuschreibt, so ist diese Kompetenzbestimmung nicht zu erklären, ohne daß man auf den Begriff des Privatrechts im Gegensatz zum öffentlichen Recht eingeht[74]). Das öffentliche Recht ist daher als das Gebiet zu bezeichnen, in dem die Rechtsbeziehungen des einzelnen zum Staate oder anderen öffentlichrechtlichen Körperschaften als den Trägern obrigkeitlicher Gewalt geregelt sind, in dem sich also der einzelne in seiner Unterordnung zum Staate befindet, während er im Privatrecht mit ihm gleichgeordnet ist; in diesem stehen sich beide auf gleicher Stufe gegenüber[75]). Da also privates und öffentliches Recht zwei durchaus verschiedene Rechtsgebiete darstellen, bedarf es stets einer sorgfältigen Prüfung, ob eine Vorschrift des einen Rechts im anderen in irgendeiner Weise verwendet werden kann.

69) Der Konviktorienbeitrag der Landsch. Norder-Dithmarschen, z. Lehre v. d. Grenzen zw. Priv. R. u. öff. R., in Festschr. f. Brunner 1914 S. 532.

70) z. B. Kelsen, Allg. Staatslehre, Berl. 1925 S. 268.

71) Walter Jellinek S. 66, Jung S. 295, Hartmann VerwA. 25 S. 399.

72) Triepel S. 535.

73) vgl. auch Loening DJZ. 1900 S. 11.

74) vgl. auch Jebens PrVerwBl. 27 S. 3.

75) So die herrschende Meinung; vgl. Koellreutter in HdRW 4, S. 267 mit weiteren Angaben.

3. a) In erster Linie käme eine unmittelbare Anwendung des bürgerlichen Rechts in Betracht. Es würde sich in Fällen vorliegender Art vor allem um § 276 BGB. handeln, der besagt, daß ein Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten hat, sowie § 278 BGB., wonach das Verschulden der Erfüllungsgehilfen in gleichem Umfange zu vertreten ist wie eigenes Verschulden. Wäre das Verhältnis zwischen dem Benutzer der öffentlichen Anstalt und der Kommune ein bürgerlichrechtlicher Vertrag, so würden diese beiden Bestimmungen ohne Zweifel Anwendung finden. Im öffentlichen Recht kommt aber eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift nicht in Betracht. Allerdings gibt es Bestimmungen, die in dieser Weise herangezogen werden können. Das ist der Fall, wenn das öffentliche Recht ausdrücklich auf das private verweist[76]), wie z. B. in § 64 RAbgO., wo für die Berechnung einer Frist die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs gelten. Da aber eine Verweisung des öffentlichen Rechts auf § 278 BGB. nicht vorhanden ist und da das Bürgerliche Gesetzbuch seine Rechtssätze, wie Loening mit Recht betont[77]), direkt nur für privatrechtliche Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen geschaffen hat, so verbietet sich bei dem scharfen Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten eine unmittelbare Heranziehung der Normen des bürgerlichen Rechts von selbst.

Diese Ansicht wird allgemein vertreten. Das Reichsgericht[78]) hat z. B. die Verpflegung in einer städtischen Krankenanstalt nur als die Gewährung einer öffentlichrechtlich auferlegten Leistung, nicht aber als die Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgefaßt und demnach jegliche Anwendung des § 278 BGB. abgelehnt. Auch Planck[79]) hält die Anwendung des § 278 auf öffentlichrechtliche Pflichten für ausgeschlossen. Ebenso stellt sich Josef[80]) auf einen ablehnenden Standpunkt. Die gleiche Ansicht vertritt Rümelin[81]), wenn er auch nicht

76) ebenso Friedrichs ArchbürgR. 42 S. 28 und Annalen 1917 S. 407.

77) DJZ. 1900 S. 11, ebenso Stier-Somlo S. 70.

78) RG. 59 S. 200.

79) 4. Aufl. 1914 § 278 I a S. 225 unt. Beruf. a. RG. 59 S. 199.

80) Gruch. 58 S. 650.

81) Haftung im klin. Betrieb, Tübingen 1913, S. 64; vgl. auch Meier-Branecke ArchöffR. 50 S. 231.

leugnet, daß selbst bei öffentlichrechtlichen Pflichten eine Haftung in Frage kommen könne. Trotzdem lehnt er aber die Erfüllungsgehilfenhaftung als eine spezifisch privatrechtliche Institution ab, welche nur da ihren Platz habe, wo privatwirtschaftliche Interessensphären in Beziehungen zueinander treten[82]).

b) Wie steht es nun mit einer analogen Anwendung? Walter Jellinek[83]) meint, es sei unverständig, die vom Bürgerlichen Gesetzbuch dargebotene Hilfe nicht zu ergreifen, wenn ihre Heranziehung bei Aehnlichkeit der öffentlichrechtlichen Frage mit der bürgerlichrechtlichen einen Fall glatt entscheide. Daher wird oft die Ansicht vertreten, die Vorschrift des § 278 BGB. und ähnliche Bestimmungen seien zur analogen Anwendung im öffentlichen Recht geeignet und müßten herangezogen werden, soweit nicht das öffentliche Recht besondere Vorschriften enthalte. Enneccerus[84]) will den § 278 BGB. auf öffentliche Schuldverhältnisse analog ausdehnen. Der gleichen Ansicht ist Kraft[85]). Er meint, an die Aufnahme in kommunale Krankenhäuser müßten sich genau dieselben Rechtsfolgen knüpfen wie an die Aufnahme in ein Privatkrankenhaus, und zwar aufgrund analoger Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, soweit die Krankenhäuser als öffentliche Anstalten anzusehen seien. Ebenso meint Jebens[86]), daß sich insoweit, als es an öffentlichrechtlichen Sätzen über die beiderseitigen Rechte und Pflichten fehle, diese nach Analogie des bürgerlichen Rechts bestimmten. Nach Unger[87]) kann das öffentliche Recht infolge seiner Wechselbeziehung zu dem Privatrecht unter Umständen aus demselben ergänzt werden[88]). Und auch das Reichsgericht[89])

82) ebenso OLG. Stuttgart in Württbg. Jahrb. 24 S. 24, jedoch ohne nähere Begründung.

83) S. 144, ebenso Stein, Grenzen u. Beziehg. zwisch. Justiz u. Verw., Tübingen 1912, S. 33.

84) I 2 28. bis 30. Aufl. 1928 § 267 Anm. 12.

85) VerwA. 22 S. 42.

86) PrVBl. 27 S. 6.

87) Ueber d. Haft. des Staates f. Verzugs- u. Vergütungszinsen, ein Beitrag z. öff.-rechtl. Vermögensrecht, in Grünh. Zeitschr. 31 S. 114.

88) vgl. auch Walter Jellinek S. 145, Meier-Branecke ArchöffR. 50 S. 243, Schumann S. 63, RG. 18 S. 173.

89) RG. 65 S. 113, 74 S. 165; RG. Gruch. 48 S. 346.

hat in einigen älteren Entscheidungen die Ansicht vertreten, daß eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, insbesondere des § 278, nicht ausgeschlossen sei.

Diese Meinung bedarf jedoch noch einer genaueren Untersuchung. Analogie ist keine einfache, unveränderte Anwendung eines übernommenen Rechtssatzes, sondern sie geschieht unter Berücksichtigung der die beiden Tatbestände unterscheidenden Umstände, sie ist stets „entsprechende" Anwendung. Schon von altersher hat man sich ihrer zur Ausfüllung von Lücken des Gesetzes, die vom Gesetzgeber teils mit Absicht, teils unabsichtlich offen gelassen worden waren, bedient[90]). Sie stellt, wie Enneccerus[91]) mit Recht betont, eine Fortbildung des Rechts in der vom Gesetz vorgeschlagenen Richtung, im Sinne des Gesetzes, aber über dessen Inhalt hinaus, dar. Soll nun ein Rechtssatz analog angewandt werden, so sind in erster Linie die beiden Tatbestände zu vergleichen, und es ist zu prüfen, ob diese in wesentlichen Beziehungen übereinstimmen. Sodann ist zu untersuchen, ob der Rechtsgrund in beiden Fällen gleich ist. Denn Analogie wird definiert als die Anwendung eines Rechtssatzes, den das Gesetz für einen bestimmten Tatbestand aufstellt, auf einen anderen, mit ihm in wesentlichen Beziehungen übereinstimmenden rechtsähnlichen Tatbestand wegen Gleichheit des Rechtsgrundes[92]).

Die Voraussetzung für die Haftung nach § 278 BGB. ist zunächst, daß der Schuldner zu einer Leistung verpflichtet ist. Auch bei einer Kommune besteht eine solche Pflicht zur Leistung ihrer Dienste in den öffentlichen Anstalten. Denn § 4 öStO. schreibt ausdrücklich vor, daß die Gemeindemitglieder zur Mitbenutzung der öffentlichen Gemeindeanstalten berechtigt sind, die Stadt also zur Gewährung der in diesen Anstalten angebotenen Leistungen verpflichtet ist[93]). Wenn nun auch die gleiche Leistungspflicht vorhanden ist, so ist doch der Rechtsgrund der beiden Verpflichtungen ein anderer. Während die Stadt aufgrund der Vorschriften des öffentlichen Rechts an ihre Leistungspflicht gebunden ist, spricht § 278 BGB. die

90) Bovensiepen in HdRW 1. S. 134.

91) I 1 § 53 II 2.

92) So die herrschende Meinung, vgl. Bovensiepen HdRW 1 S. 133.

93) vgl. oben S. 15.

gleiche Pflicht auf der Grundlage eines zwischen den Beteiligten abgeschlossenen privatrechtlichen Vertrages aus. Den Rechtsgrund bildet also hier die rechtsgeschäftliche Einigung, dort die gesetzliche Bestimmung. Das sind zwei völlig verschiedene Rechtsgründe, sodaß eine analoge Anwendung des § 278 BGB. nicht in Betracht kommen kann. Während zahlreiche Vertreter der Wissenschaft eine analoge Anwendung der bürgerlichrechtlichen Vorschriften im öffentlichen Recht befürworten[94]), ist der gleichen hier entwickelten Ansicht nur Josef[95]). Er lehnt eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB. auf die Erfüllung öffentlichrechtlicher Verbindlichkeiten ab. Denn so meint er — wenn der Staat oder die Gemeinde aus Gründen der öffentlichen Fürsorge zu leisten hat, so ist dieses öffentlichrechtliche Verhältnis, aufgrund dessen die Leistung in einer jeder Verfügung der Beteiligten entzogenen Weise erfolgt, genau das Gegenteil eines im BGB. geregelten „Schuldverhältnisses", der § 278 also nicht entsprechend anwendbar.

4. a) Bei folgerichtiger Durchführung dieses Grundsatzes, die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs im öffentlichen Recht weder unmittelbar noch analog zu verwenden, hat man allerdings bald die Feststellung machen müssen, daß im Ergebnis große Härten und Unbilligkeiten entstehen. Denn bei Gegenüberstellung der öffentlichen mit den gewerblichen Anstalten, z. B. der städtischen Krankenhäuser mit privaten, hat man gefunden, daß den Kranken in Privatkrankenhäusern für erlittene Schäden aus dem Vertrage nach § 278 BGB. gehaftet wird, während in städtischen Krankenanstalten eine Haftung nur nach Maßgabe des § 831 BGB. aus unerlaubter Handlung eintritt, wobei das praktische Ergebnis meist ist, daß die Stadt sich exkulpieren kann. Besonders kraß tritt diese Unbilligkeit aber hervor, wenn in dem gleichen städtischen Krankenhaus in der Abteilung der zahlenden Patienten nach § 278 BGB. gehaftet wird, in der Abteilung der nichtzahlenden, z. B. poliklinisch behandelten, aber nur nach Maßgabe des § 831 BGB., also im allgemeinen wegen des meist gelingenden Entlastungsbeweises keine Haftung Platz greift[96]). Auf diese Unbillig-

94) siehe oben S. 19.

95) VerwA. 26 S. 93, Gruch. 58 S. 638.

96) ebenso Rümelin, Haftung im klinischen Betrieb, Tübingen 1913 S. 51.

keit haben daher auch Friedrichs[97]), Kiesel[98]), Rosenstock[99]) und Rümelin[100]) ausführlich hingewiesen. Sie halten mit Recht diese verschiedene Beurteilung für unsozial und in Widerspruch zu den Grundsätzen kommunaler Krankenhauspflege stehend[101]), wonach den zahlungsunfähigen Patienten die gleiche ärztliche Behandlung zuteil wird wie den zahlenden. Kiesel[102]) zieht allerdings daraus die Folgerung, daß auch den zahlenden Patienten nur ein Anspruch aus § 831 BGB. zugebilligt werden dürfe. Zutreffend meint demgegenüber Rosenstock[103]), daß, wenn man schon mit dem sozialen Empfinden argumentiere, zugunsten von beiden Gattungen von Patienten ein Anspruch dahingehend anzuerkennen sei, daß die öffentlichrechtliche Körperschaft für Kunstfehler ihrer Aerzte ohne Möglichkeit des Exkulpationsbeweises hafte[104]). Schließlich weist Otto von Gierke[105]) darauf hin, daß der Staat, insoweit er durch seine Organe eine Fürsorge für die Interessen des einzelnen ausübe, aus mangelhafter Verwaltung der öffentlichen Einrichtungen haften müsse. Und Fleiner[106]) behauptet, die Haftung beziehe sich darauf, daß der einzelne infolge seiner Anstaltsbenutzung an seiner Person und seiner Gesundheit keinen Schaden erleide. Dies sei eine gesetzliche Haftung.

b) Es wird zu untersuchen sein, wie diese Frage der Haftung der Kommunen für ihre Angestellten an öffentlichen Anstalten am besten zu lösen ist. Unzweifelhaft ist jedenfalls, daß gerade die Unbilligkeit, welche in der verschiedenen Haftung der städtischen und der privaten Krankenhäuser zum Ausdruck kam, die Veranlassung war, nach einem Mittel zu suchen, um die Haftung in beiden Fällen gleichzustellen. Dazu war § 278 BGB. die nächste Handhabe.

97) Annalen 1921 22 S. 217; derselb. Schadensersatzansprüche Seite 24.

98) PrVerwBl. 34 S. 181.

99) PrVerwBl. 34 S. 264.

100) S. 55, vgl. auch Heine PrVerwBl. 37 S. 284.

101) Kiesel PrVerwBl. 34 S. 181.

102) S. 181.

103) PrVerwBl. 34 S. 264.

104) ebenso Friedrichs Arch. bürg. R. S. 45 Anm. 26 a; a. A. Josef VerwA. 26 S. 85.

105) Die Genossenschaftstheorie, Berlin 1887, S. 798.

106) S. 338.

Auszugehen ist von der Feststellung, daß die Grundlage des Schadensersatzanspruchs im öffentlichen Recht ruht, da es sich um das Rechtsverhältnis der Anstaltsnutzung handelt, daß im öffentlichen Recht eine ausdrückliche Haftungsbestimmung nicht vorhanden ist und daß eine unmittelbare oder analoge Anwendung privatrechtlicher Normen ausgeschlossen ist. Da also tatsächlich im öffentlichen Recht eine Lücke besteht, die auszufüllen ist, so müssen nach der herrschenden Auffassung die fehlenden Rechtssätze aus dem öffentlichen Recht selbst geschaffen und unter Zugrundelegung allgemeiner Rechtsgedanken neu gebildet werden[107]). Dieser Gedanke ist durchaus allgemeiner Natur; denn im Prozeßrecht besteht ebenfalls die Ansicht, daß die Vorschriften des bürgerlichen Rechts nicht zur Ergänzung herangezogen werden dürfen. Selbst wo das Prozeßrecht zu schweigen scheint, müssen die maßgebenden Normen aus ihm und nur aus ihm abgeleitet werden[108]). Walter Jellinek[109]) meint nun, daß zur Ausfüllung einer Lücke im Recht der Richter nach der Natur der Sache entscheiden müsse; diese sei aber nichts anderes als unentwickeltes Gewohnheitsrecht; daher habe sich der Richter beim Fehlen jeder Vorschrift zu fragen: „Wie würde sich wohl nach den herrschenden Anschauungen und Strömungen ein Gewohnheitsrecht über den Fall gebildet haben, wenn dazu Gelegenheit gewesen wäre?" Die gleiche Ansicht vertritt Kiß[110]): dadurch, daß der Richter die fehlende Rechtsregel aufstelle, schaffe er neues Recht; natürlich geschehe aber diese Ergänzung des gesetzten Rechts nicht durch „Konstruktion" und durch „Analogie" in formallogischem Sinne, indem die analoge Rechtsfindung nach der formaljuristischen Aehnlichkeit der zu beurteilenden Rechtsverhältnisse mit dem im Gesetz behandelten vollzogen werde, sondern es müsse eine teleologische Betrachtungsweise zur Geltung gelangen. Auch Art. 1 Abs. 2 des Schweizer Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 bestimmt, daß

107) vgl. dazu bes. Walter Jellinek, Schöpferische Rechtswissenschaft, Rede b. Antritt des Rektorats, Kiel 1928 S. 16, ebenso Hartmann VerwA. 25 S. 491, Apelt d. verw.-rechtl. Vertrag, Leipzig 1920 S. 47, Otto Mayer 1, S. 117, Friedrichs VerwA. 34 S. 361.

108) RG. 69 S. 262, 81 S. 178, 105 S. 355, OLG. 39 S. 57, Stein-Jonas vor § 128 V 1 S. 421.

109) S. 146.

110) Jher J. 58 S. 467 ff.

der Richter beim Fehlen einer Gesetzesvorschrift nach Gewohnheitsrecht und beim Fehlen eines solchen nach der Regel zu entscheiden hat, die er selbst als Gesetzgeber aufgestellt hätte[111]). Die Suche nach dem erforderlichen Rechtssatz ist also ähnlich der Pflicht des Richters, bei der Auslegung von Willenserklärungen nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern den wirklichen Willen zu erforschen (§ 133 BGB.).

Bei dieser Suche nach der fehlenden Rechtsnorm kommt man nun zu der Erkenntnis, daß es Rechtssätze gibt, die nicht auf das Rechtsgebiet, für das sie ursprünglich geschaffen worden sind, beschränkt sind, sondern daß sie auch auf anderen Rechtsgebieten Geltung haben können. Mit Recht meint Fleiner[112]), daß man, um die ungeschriebenen Sätze des öffentlichen Rechts zu ergründen, sich daran erinnern müsse, daß jedes Recht unausgesprochene Rechtsgedanken in sich berge. Georg Jellinek[113]), der der gleichen Ansicht ist, rechnet zu diesen allgemeinsten Rechtssätzen die Normen über Irrtum, Vorsatz und Fahrlässigkeit und andere, sofern nicht ihre Anwendbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen sei. Tezner[114]) legt dar, daß von einer Reservierung von juristischen Tatsachen bestimmter Art für das Gebiet des Privatrechts keine Rede sein könne, und daß es eine Reihe gemeinsamer Begriffe und Probleme für das private und das öffentliche Recht gebe. Stier-Somlo[115]) kennt eine Reihe von Einrichtungen, deren Rechtsinhalt sowohl öffentlich- wie privatrechtlich sei, und zählt dazu verschiedene personenrechtliche Angelegenheiten und Verhältnisse. Es ist auch schon öfters versucht worden, einen „Allgemeinen Teil des Rechts" zusammenzustellen, der die teils überhaupt ungeschriebenen, teils im Bürgerlichen Gesetzbuch niedergelegten Rechtssätze enthalten sollte. Kormann[116]) und Friedrichs[117]) haben das Thema eingehend behandelt. Diesem Gebiet können aber selbstverständlich nur solche

111) vgl. auch § 7 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches für Oesterreich vom 1. Juni 1811.

112) S. 56.

113) S. 204.

114) ArchöffR. 9 S. 351.

115) S. 74.

116) in Annalen 1911 S. 850 ff.

117) Allg. Teil d. Rechts 1927 sowie in Annalen 1917 S. 385 ff. und in ArchbürgR. 42 S. 28.

Rechtssätze angehören, die ihrer inneren Natur nach von den Eigentümlichkeiten der privaten und öffentlichen Rechte in jeder Hinsicht unabhängig sind und deshalb ohne weitere Prüfung sowohl im öffentlichen wie im privaten Recht unverändert zur Anwendung kommen können, sofern nicht im einzelnen eine Sonderregelung getroffen ist. Es ist also stets im Einzelfall zu untersuchen, ob die Voraussetzungen dafür gegeben sind, daß ein im bürgerlichen Recht enthaltener Rechtssatz einen allgemeinen Gedanken zum Ausdruck bringt.

c) In welcher Weise ist nun die Lücke hier auszufüllen? Kann ein ungeschriebener Rechtssatz als im öffentlichen Recht vorhanden angesehen werden, wonach eine öffentfentlichrechtliche Körperschaft ein Verschulden der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen bedient, zu vertreten hat? Das Reichsgericht[118]) erklärt z. B., daß der Staat nicht um deswillen eine gesonderte Rechtsstellung einnehmen könne, weil seinen Beamten die von ihnen verletzte Pflicht als öffentlichrechtliche obliege; werde aber bei der Handhabung dieser Obliegenheit diejenige Sorgfalt außer Acht gelassen, welche im Rechtsleben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch zu beobachten sei, so müsse sich auch der Staat die Beurteilung der Handlungsweise seiner Beamten nach den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts (z. B. § 276) gefallen lassen[119]). Und an anderer Stelle sagt es[120]), daß der öffentlichrechtliche Charakter einer Verbindlichkeit die Anwendbarkeit des § 278 BGB. nicht ausschließe. Beide Entscheidungen lassen aber nicht erkennen, in welcher Weise die „Anwendbarkeit" des § 278 im öffentlichen Recht gedacht ist. Auf dem richtigen Wege befinden sich erst die Erkenntnisse, die eine „Anwendung" bürgerlichrechtlicher Vorschriften überhaupt vermeiden und statt dessen einen Rechtsgedanken, der z. B. nur in § 278 BGB. kodifiziert ist, als allgemeines Rechtsgut im öffentlichen Recht verwenden wollen. So verwertet das Reichsgericht[121]) neuerdings Vorschriften des Privatrechts nur insofern für das öffentliche Recht, als sie einen allgemeinen Rechtsgedanken enthalten, der in Ausfüllung einer

118) RG. 78 S. 329.
119) ebenso RG. 52 S. 369, 54 S. 53, JW. 1904 S. 353.
120) RG. Gruch. 56 S. 914.
121) RG. 107 S. 189.

Lücke des positiven Rechts als ein Bestandteil des öffentlichen Rechts anzuerkennen ist. Zum Beispiel erklärt es[122]), indem es den Fernsprechanschlußvertrag als ein öffentlichrechtliches Vertragsverhältnis bezeichnet, daß auf dieses der im § 278 BGB. ausgesprochene Grundsatz der Haftung des Schuldners für Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen als Ausfluß eines allgemeinen, auch das öffentliche Recht beherrschenden Rechtsgedankens Anwendung findet[123]). Es handelt sich hierbei weder um eine unmittelbare noch um eine im gewöhnlichen Sinne entsprechende Anwendung von Rechtsnormen des bürgerlichen Rechts, sondern um öffentlichrechtliche Grundsätze[124]). Das bürgerliche Recht bildet — sagt das Reichsgericht an anderer Stelle[125]) — gleichsam nur eine willkommene, aber mit großer Vorsicht und nur unter Auswahl des Geeigneten zu benutzende Fundgrube oder Anregung für die Auffindung der dem öffentlichen Recht selbst eigenen Sätze. Und in einer grundlegenden Entscheidung[126]) hat es sich dahingehend geäußert, daß der Rechtsgedanke, der im § 278 BGB. für das private Vertragsrecht seinen Niederschlag gefunden habe, auch für öffentlichrechtliche Verhältnisse gelte, es sei denn, daß die Eigenart des einen oder des anderen seine Anwendung ausschließe[127]).

Dieser Ansicht ist auch Popitz[128]). Er meint, nicht § 278 BGB. selbst gelte im öffentlichen Recht, sondern das öffentliche Recht enthalte eine Bestimmung als ius non scriptum, die mit der im Bürgerlichen Gesetzbuch formulierten des Zivilrechts sei es ganz, sei es mit gewissen, auf dem anders gearteten Grundcharakter des öffentlichen Rechts beruhenden Abweichungen übereinstimme. Schließlich legt Friedrichs[129]) dar, daß beim Schweigen des öffentlichrechtlichen Gesetzes die Meinung sein könne, daß die Vorschriften des jeweiligen Bürgerlichen Rechts stillschweigend in Bezug genommen seien, und auch wenn keine

122) RG. 98 S. 341.
123) vgl. auch RG. 91 S. 21, 97 S. 44, Seufferts Arch. 70 S. 16.
124) vgl. RG. 107 S. 189.
125) LZ. 1917 S. 741.
126) RG. 112 S. 293 = JW. 1926 S. 2290.
127) ebenso RG. 98 S. 343, 102 S. 6, 120 S. 162 JW. 1928 S. 1286.
128) PrVerwBl. 37 S. 415.
129) VerwA. 34 S. 363, ebenso v. Gehe S. 135.

Bezugnahme vorliege, daß die durchgearbeiteten Vorschriften des Bürgerlichen Rechts eine Anleitung zur sachgemäßen Auslegung des öffentlichen Rechts bieten[130]).

Es darf darauf hingewiesen werden, daß § 278 nicht die einzige Bestimmung ist, deren Inhalt das gesamte Rechtsgebiet umfaßt. Vielmehr ist es hauptsächlich § 618 BGB., der im Verhältnis zwischen Beamten und Staat diesem die Pflicht zur ordnungsmäßigen Stellung und Unterhaltung der Arbeitsräume auferlegt. Auch hierbei wird, wie das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung betont hat[131]), § 618 BGB. nicht etwa unmittelbar oder analog verwendet, sondern er ist nur ein auf anderem Rechtsgebiet gefundener Beleg für das Vorhandensein eines allgemeinen Rechtsgedankens. Von anderen Bestimmungen ist § 242 BGB. zu erwähnen. Nach der reichsgerichtlichen Rechtsprechung[132]) haben die Grundsätze von Treu und Glauben im öffentlichen Recht ebensowohl Geltung wie im bürgerlichen Recht; ferner die §§ 184[133]), 254[134]), 366[135]) BGB. u. a. Weiter ist der in der Aufwertungsgesetzgebung niedergelegte Gedanke beachtlich, daß nach dem deutschen Währungszerfall nicht mehr Mark gleich Mark sei, sondern daß auf die innere Kaufkraft der Mark abgestellt werden müsse. Auch das ist der Ausdruck einer allgemeinen Rechtsüberzeugung, die daher über den ursprünglichen privatrechtlichen Bereich hinaus im öffentlichen Recht Platz zu greifen hat[136]).

Somit ergibt sich, daß die neueste Literatur und Rechtsprechung auf dem Standpunkt steht, daß auch im öffentlichen Recht der gleiche Grundsatz der Haftung für Erfüllungsgehilfen Anwendung findet wie im bürgerlichen Recht, daß also im öffentlichen Recht eine Gemeinde das Verschulden ihrer Angestellten wie ihr eigenes zu vertreten hat.

130) ebenso Friedrichs JW. 1926 S. 2292, vgl. noch RG. 91 S. 21, 97 S. 44, 118 S. 43, Seufferts Arch. 77 S. 137, 79 S. 50.

131) RG. 91 S. 24, 97 S. 43, 104 S. 58, 111 S. 22 und 178, RGLZ 1916 S. 1102, 1917 S. 740, RG. Gruch. 61 S. 663.

132) RG. 112 S. 221, 113 S. 19, 125 S. 318, RGJW. 1930 S. 1189, vgl. auch OVG. 83 S. 150, OVGJW. 1927 S. 2, 166, DJZ. 1930 S. 411.

133) RG. 99 S. 266.

134) RG. 79 S. 312.

135) PrVBl. 37 S. 29, OVG. 43 S. 6.

136) OVG. JW. 1927 S. 2166 und 2732, ebenso RG. 113 S. 81, JW. 1926 S. 1490.

Diese Ansicht ist mitreißend. Die Kommunen sind, da die Einwohner ein [illegible] Recht auf Mitbestimmung der öffentlichen Ausgaben haben[illegible], zur Gewährung der Ausgabeleistung verpflichtet. Zur Erfüllung dieser Pflicht bedienen sie sich u. a. auch der von ihnen durch Privatdienstvertrag angenommenen Angestellten. Wenn nun eine solche Verpflichtung besteht, so hätte sie gar keinen Sinn und wäre gar keine Verpflichtung im rechtlichen Sinne, wenn nicht der Verpflichtete für seine Handlungsweise einzustehen und also eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung seiner Leistungspflicht zu vertreten hätte. Denn der Berechtigte muß sowohl davor geschützt sein, daß der Verpflichtete absichtlich als auch davor, daß er nur mangels genügender Sorgfalt seine Pflichten verletzt. Es muß also aus der Tatsache allein, daß eine derartige Verpflichtung kraft öffentlichen Rechts besteht, auch die Haftung des Verpflichteten für die Erfüllung der Verbindlichkeit entnommen werden[illegible]. Der gleiche Grundsatz muß Platz greifen, wenn jemand die Leistung nicht selbst bewirkt, sondern sich Dritter in ihrer Erfüllung bedient, denn das Recht des Verpflichteten, andere mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu betrauen, darf nicht dazu führen, daß seine Haftung gemildert wird. Der Berechtigte kann nicht dadurch schlechter gestellt werden, daß andere Personen an Stelle des Verpflichteten leisten. Vielmehr wird die Haftung für Hilfspersonen ebenso groß sein müssen wie die eigene Haftung. Daraus ergibt sich, daß die Kommunen für ihre Angestellten in öffentlichen Ausgaben haften und ein Verschulden dieser Personen wie ihr eigenes zu vertreten haben müssen. Für diesen Ergebnis deckt sich die in der Rechtsprechung und Wissenschaft zum Ausdruck gekommene Meinung, wenn die Erkenntnis, daß es ein ungeschriebenes im Volksbewußtsein wurzelndes Recht gibt, dessen Normen für die Rechtsgebiete Geltung haben, und die Anwendung des Rechtsgedankens, der im § 278 für das bürgerliche Recht niedergelegt ist, bedeutet nichts anderes, als dass beim Vorliegen einer rechtlichen Verpflichtung der Verpflichtete sowohl sein Verschulden als auch das seiner Angestellten zu vertreten hat.

Wann nun die Haftung der Kommunen für ihre Angestellten [illegible] von der Prüfung der

[illegible]

(38) vgl. Enneccerus I 2 28. bis 30. Aufl. 1928 § 267 I 1.

weiteren Frage ab, ob die Voraussetzungen der Erfüllungsgehilfenhaftung im einzelnen gegeben sind. In erster Linie muß die Pflicht, die die Gemeinde zu erfüllen hat, konkret bestimmt sein. Es genügt nicht etwa, daß die Gemeinde zur Gewährung der Anstaltsleistung nur der Allgemeinheit, also einem unbestimmten Personenkreise gegenüber verpflichtet ist, wie dies z. B. bei der allgemeinen Streupflicht der Fall ist[139]). Vielmehr ist stets zu fordern, daß der einzelne, der eine öffentliche Gemeindeanstalt benutzt, für sich selbst zur Empfangnahme der Leistung berechtigt und die Stadt ihm persönlich gegenüber zur Leistung verpflichtet ist[140]). Da nach § 4 öStO. jeder Einwohner der Stadt ein subjektiv-öffentliches Recht auf Mitbenutzung der Gemeindeanstalten hat[141]), ist wohl diesem Erfordernis stets genügt. Daß ferner die an der öffentlichen Anstalt tätigen Angestellten der Stadt als Erfüllungsgehilfen dann anzusehen sind, wenn durch ihr Handeln ein Schaden entsteht, der in den Rahmen ihrer Tätigkeit gehört, dürfte keinem Zweifel unterliegen.

Es kann auch nicht der Fall eintreten, daß beim Vorliegen des Rechtsverhältnisses der Anstaltsnutzung die Stadt ihre Haftung mit dem Einwand auszuschließen sucht, sie stelle ihre Angestellten den Benutzern nur zur Verfügung; diese seien darauf angewiesen, nun selbst mit den Angestellten entsprechende Verträge abzuschließen, wie das Reichsgericht[142]) wiederholt bei allerdings nicht gleichliegenden Fällen entschieden hat. Vielmehr ergibt sich aus § 4 öStO. die klare Pflicht der Gemeinde zur Gewährung der Anstaltsleistung, also z. B. in einem Krankenhaus die Pflicht zur Durchführung der ärztlichen Behandlung[143]), nicht bloß zur Stellung des ärztlichen Personals.

Schließlich ist stets zu untersuchen, ob der eingetretene Schaden durch eine Handlung des Angestellten verursacht ist und ob der Angestellte schuldhaft gehandelt hat; denn aus der Tatsache allein, daß ein Schaden entstanden ist, kann und darf ein Verschulden noch nicht geschlossen werden[144]). Das Verschulden ist vielmehr in jedem einzelnen Falle festzustellen. Man wird dabei auch auf den Grund-

139) RG. 113 S. 293.
140) ebenso RG. Gruch. 1912 S. 912, RG. JW. 1923 S. 1026.
141) siehe oben S. 15.
142) vgl. RG. 59 S. 200, 74 S. 163, 82 S. 429.
143) RG. 98 S. 327.
144) RGRK. 7. Aufl. § 831 5 a S. 600.

gedanken des § 276 BGB. Bezug zu nehmen und das Maß der Fahrlässigkeit nach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu bemessen haben[145]).

Nach diesen Darlegungen wird also auch die Stadt haften müssen, in deren Unfallstelle der auf der Straße Verunglückte eingeliefert worden ist[146]). Denn zwischen diesem und der Stadt ist wegen der Bewußtlosigkeit des Verunglückten ein Vertrag nicht zustande gekommen, vielmehr liegt abgesehen von diesem Umstande gerade deshalb, weil es sich um eine städtische Unfallstelle, also eine öffentliche Gemeindeanstalt[147]), handelt, das Rechtsverhältnis der Anstaltsnutzung vor, für das der Grundsatz der Erfüllungsgehilfenhaftung anwendbar ist. Es bestehen für diese Anwendung hier keine Bedenken, zumal da der in der Unfallstelle tätige Arzt als Angestellter der Stadt zu gelten hat, der durch den Kunstfehler einen Schaden in Erfüllung der ihm obliegenden Pflicht zur ärztlichen Behandlung angerichtet hat. Sein Verschulden ist allerdings noch nicht genügend dargetan. Wenn auch Kunstfehler fast stets auf einer Fahrlässigkeit des Arztes beruhen[148]), so sind doch nähere Angaben in dem angeführten Beispiel dafür notwendig, daß der Arzt wirklich schuldhaft gehandelt hat; denn gerade bei Kunstfehlern hat das Reichsgericht betont[149]), daß das Verschulden besonders zu beweisen ist, da auch der geschickteste Arzt nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeitet, sondern da trotz aller Fähigkeit und Sorgfalt ein Griff, ein Schnitt oder ein Stich mißlingen kann, der regelmäßig auch dem betreffenden Arzt selbst gelingt. Unterstellt man vorläufig aber eine Fahrlässigkeit des hier behandelnden Arztes, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Verletzte Schadensersatzansprüche gegen die Stadt hat, weil diese für ihre Aerzte nach dem Grundsatz, der im bürgerlichen Recht in § 278 BGB. enthalten ist, haftet.

§ 5.

Zum Schluß ist die Frage zu prüfen, ob die Geltendmachung eines derartigen Schadensersatzanspruchs zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte oder der Verwaltungs-

145) Friedrichs ArchbürgR. 42 S. 44.
146) vgl. das Beispiel oben S. 16.
147) OVG. PrVBl. 34 S. 78.
148) LZ. 1915 S. 337.
149) RG. 78 S. 435.

gerichte gehört. Die grundlegende Bestimmung für die Entscheidung dieser Frage gibt § 13 GVG. Danach ist der Rechtsweg allen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten geöffnet, für die nicht die Zuständigkeit von Verwaltungsgerichten oder Verwaltungsbehörden begründet ist.

Daß zunächst der Verwaltungsrechtsweg ausdrücklich begründet sei, ist nicht der Fall. Es fehlt an einer besonderen Gesetzesnorm, wie sie etwa in § 227 RAbgO. vorhanden ist, wonach der ordentliche Rechtsweg in Steuersachen ausgeschlossen ist. Es kann auch nicht § 18 Zust. Ges. herangezogen werden, da dieser nur für Beschwerden und Einsprüche, die das Mitbenutzungsrecht an einer öffentlichen Gemeindeanstalt betreffen, den Verwaltungsrechtsweg öffnet. Schließlich ist es hier auch nicht von Bedeutung, daß etwaige Gebühren der öffentlichen Gemeindeanstalten, wie Stier-Somlo[150]) betont, dem Verwaltungszwangsverfahren unterliegen würden. Denn alle diese Bestimmungen betreffen nicht die Frage der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs und sind daher nicht verwertbar.

Es ist also auf den in § 13 GVG. enthaltenen Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeit einzugehen. Man versteht darunter Streitigkeiten über Rechtsfolgen des Privatrechts im Gegensatz zu denen des öffentlichen Rechts[151]), wobei von maßgebender Bedeutung das Rechtsverhältnis ist, aus dem der Anspruch abgeleitet wird[152]). Ist also der geltend gemachte Anspruch auf ein Rechtsverhältnis des Privatrechts, etwa auf § 823 BGB., gestützt, so bestehen an der Zulässigkeit des Rechtswegs keine Bedenken. Erst wenn wie hier das Rechtsverhältnis, aus dem der Anspruch abgeleitet ist, ein öffentlichrechtliches ist, sind Zweifel am Platze. Nach der herrschenden Meinung sind für die Frage, ob es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit im Sinne des § 13 GVG. handelt, nicht die jetzigen wissenschaftschaftlichen Anschauungen maßgebend. Vielmehr ist bei der Prüfung der Rechtsnatur des zugrunde liegenden Anspruchs die wissenschaftliche Anschauung zur Zeit des Erlasses des Gerichtsverfassungsgesetzes entscheidend[153]). Demnach decken sich also heute die „bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten" nicht mit Ansprüchen des bürgerlichen Rechts. Sie sind

150) in HdRW. 2 S. 675.
151) Stier-Somlo S. 12.
152) Stölzel S. 172, RG. 103 S. 56, 107 S. 403.
153) RG. 92. S. 314.

vielmehr in einem anderen Sinne zu verstehen und beschränken sich daher auch nicht auf Ansprüche aus dem bürgerlichen Recht. Zuweilen können sie auch Streitigkeiten umfassen, die auf öffentlichrechtlichen Verhältnissen fußen[154]). Im Gegensatz zu dem Begriff der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten hat als öffentlichrechtlich lediglich das Rechtsverhältnis zu gelten, in dem der einzelne kraft seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Staates zu dieser öffentlichen Gewalt steht[155]). Wenn also auch die Rechtsbeziehungen zwischen einer Gemeinde und den Benutzern ihrer öffentlichen Anstalten öffentlichrechtlich sind, so ist daraus noch nicht zu folgern, daß es sich um öffentliche Rechtsstreitigkeiten im Sinne des § 13 GVG. handeln muß[156]). Vielmehr unterliegen auch subjektivöffentliche Rechte, wie Stölzel[157]) betont, in Ermangelung besonderer Vorschriften dem Rechtsweg, sofern sie vermögensrechtlicher Natur sind[158]). Und ebenso ist ein Streit über eine Entschädigungspflicht selbst dann eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, wenn der Anspruch durch öffentlichrechtliche Verhältnisse hervorgerufen worden ist[159]). Denn es handelt sich eben in Fällen vorliegender Art zwar um öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse, nicht aber um solche, in denen der einzelne kraft seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Staates zu dieser öffentlichen Gewalt steht. Mit Recht ist daher in solchen Fällen die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bejaht worden. Zu beachten ist ferner, daß eine Verneinung des Rechtsweges dasselbe bedeuten würde wie Verneinung jeder richterlichen Entscheidung überhaupt. Somit ist es, worauf Walter Jellinek[160]) besonders hinweist, auch die Idee des richterlichen Rechtsschutzes, wenn der Rechtsweg selbst bei Streitigkeiten eröffnet wird, die ihre Grundlage im öffentlichen Recht haben. Dieser in der Wissenschaft entwickelten Ansicht hat sich das Reichsgericht angeschlossen. Es erklärt[161]), daß auch der Anspruch auf Ersatz

154) Schlegelberger S. 24.
155) Schlegelberger S. 23, RG. 107 S. 246, 108 S. 168.
156) ebenso Walter Jellinek S. 44.
157) S. 44.
158) ebenso RG. Gruch. 52 S. 439, 60 S. 340.
159) so die herrschende Meinung, vgl. Sydow-Busch S. 44 mit weiteren Angaben.
160) S. 44.
161) RG. 99 S. 97.

des Schadens, der durch Verletzung einer öffentlichrechtlichen Pflicht entsteht, regelmäßig im geordneten Rechtsweg zu verfolgen ist[162]). Und in einer bedeutsamen Entscheidung[163]) hat es eine sachliche Entscheidung gefällt und die Frage der Zulässigkeit des Rechtswegs überhaupt nicht erst untersucht, da sie ihm wohl selbstverständlich erschien.

Demnach können keine Zweifel daran bestehen, daß der Rechtsweg für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus dem zwischen einer Gemeinde und den Benutzern ihrer öffentlichen Anstalten bestehenden Rechtsverhältnis offen ist.

Zusammengefaßt läßt sich sagen, daß die Haftung der Gemeinden für ihre Angestellten an öffentlichen Anstalten früher keineswegs einheitlich beurteilt worden ist. Es wurde als unbillig und unsozial empfunden, daß eine Gemeinde nicht haften sollte, während ein privates Unternehmen, in dem die gleichen Leistungen geboten wurden, für ein Verschulden seiner Angestellten einstehen mußte. Da gesetzliche Bestimmungen für die gleiche Haftung der Kommunen fehlten, also eine Gesetzeslücke vorhanden war, blieb nach verschiedenen fehlgeschlagenen Versuchen schließlich nur der einzig richtige Weg übrig, die Lücke im öffentlichen Recht durch allgemeine Normen aus diesem selbst zu ergänzen. Dadurch kam man zu der Erkenntnis, daß bei der Schaffung fehlender Bestimmungen im öffentlichen Recht der Grundsatz, der im § 278 BGB. seinen Niederschlag gefunden hat, von allgemeiner Bedeutung ist, sodaß auch bei rein öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnissen wie bei der Anstaltsnutzung eine Haftung für Angestellte wie im bürgerlichen Recht für Erfüllungsgehilfen Platz zu greifen hat.

162) ebenso RG. 106 S. 150, 108 S. 134, RG. JW. 1920 S. 450.
163) RG. 112 S. 293.